

**F.H. (Fred) Kistenkas**

Universitair hoofddocent omgevingsrecht
Wageningen Universiteit en senior onderzoeker
bestuursrecht Alterra, Wageningen UR

**M.E.A. (Machteld) Kistenkas**

studente Rechtsgeleerdheid
Universiteit Utrecht

In juni werd de langverwachte opvolger van de Nota Ruimte, de ontwerp-Structuurvisie Infrastructuur en Ruimte (SVIR), gepubliceerd. Daarin is decentralisatie het allesoverheersende beleidsvoornemen ('decentraal, tenzij...') en zou 'vertrouwen in medeoverheden' de basis moeten zijn voor het ruimtelijke beleid. Het kabinet-Rutte gaat er vanuit dat nationale belangen door lagere overheden als vanzelf goed zouden worden behartigd. In de Structuurvisie wordt daarom gezegd dat deze regering bestemmingsplannen niet zal controleren en toetsen op correcte doorwerking van nationale belangen (SVIR, p. 72).

Waar lokale overheden dat vertrouwen aan verdiend hebben, is ons na het ruim dertig jaar volgen van jurisprudentie op het gebied van gemeenterecht en ruimtelijk bestuursrecht niet helemaal duidelijk. Ook in de Ex-ante evaluatie Structuurvisie Infrastructuur en Ruimte¹ wordt er al kritisch op gewezen dat vooral bij kleine gemeenten de waarborging van het ruimtelijk relevante beleid tekort schiet door onvoldoende prioriteit, capaciteit en/of kennis en dat dit vertrouwen in de lagere overheid dus risico's inhoudt. Een ander onderzoek gaf ook al het beeld van gemeenten die de complexiteit van de ruimtelijke ordening niet aankunnen en het opstellen van ruimtelijke plannen en zelfs ook al het juridisch afhandelen van bezwaarschriften en zienswijzen steeds vaker uitbesteden aan dure adviesbureaus. Decentralisatie ofwel downscaling leidt met andere woorden tot outsourcing. Dat uitbesteden van bestemmingsplanprocessen houdt bovendien ook het gevaar in dat deze steeds meer uit de publieke sfeer worden weg-

Nieuwe AMvB Ruimte: *landschappelijk erfgoed eindelijk juridisch beschermd*



Figuur 1 – Spanbroekmolenkrater (ook bekend als de Pool of Peace), nabij Wijtschate, gemeente Heuveland (België), particulier door Engelsen opgekocht en geconserveerd als krater uit 1917. FOTO: F.H. KISTENKAS

gezogen.² Vanwaar nu opeens dat vertrouwen in de lagere overheid?

Nieuwe AMvB Ruimte

Wij zouden zeggen: *vertrouwen is goed, controle is beter*. Zeker nu het bij de Structuurvisie behorende ontwerp-Algemene Maatregel van Bestuur (AMvB Ruimte)³ allerlei nieuwe en extra rechtsregimes introduceert. We hebben de Rijksbufferzones en de Snelwegpanorama's moeten inleveren, maar daarvoor krijgen we in het landschapsrecht een veelvoud aan nieuwe rechtsregimes terug: erfgoederen, kustfundament, IJssel-meer, Waddenzee en provinciale Nationale Landschappen. Zelfs het overbekende nee, tenzij-regime van de

EHS wordt eindelijk eens wettelijk geborgd en is daarmee dan van planologisch concept ook een harde juridisch afdwingbare toets geworden. Daarnaast gaat generiek, dus voor alle ruimtelijke besluiten, een zogenoemde ladder voor zorgvuldige ruimtebenutting gelden. Die komt in het Besluit ruimtelijke ordening (Bro).

De ontwerp-Nota van toelichting geeft aan dat het dan gaat om een motiveringsvereiste (onderbouwing van nut en noodzaak middels processtappen). De SVIR spreekt van 'een procesvereiste'. Wellicht gaat het om slechts een formele zorgvuldigheid (zorgvuldige voorbereiding van bestemmingsplannen en andere besluiten) die

volgens ons toch al gold op basis van de Algemene Wet Bestuursrecht (voor liefhebbers: art. 3:2 Awb), maar hopelijk gaat de rechter van deze op het eerste gezicht krakkemikkige ladder toch nog een strenge toets maken.

Naast een algeheel nee, tenzij voor de ecologische hoofdstructuur (EHS) wordt er ook nog een extra nee, tenzij-regime gegeven aan de Waddenzee voor de landschappelijke en cultuurhistorische kwaliteiten. Er mag niks tenzij deze kwaliteiten worden ontzien of versterkt. De AMvB somt deze kwaliteiten zelf op: verdronken en onderslibde nederzettingen en ontginningssporen, waaronder de dam Ameland-Holwerd, historische scheepswrakken, historische sluizen, systeem van historische vaar- en uitwateringsgeulen etc. Dit betreft dus eindelijk een echte erfgoedtoets, waar de eerste auteur dezes eerder in dit tijdschrift en als lid van de Commissie Modernisering Monumentenzorg (Cie MoMo) reeds voor pleitte⁴.

Er geldt in de Waddenzee zelfs ook nog een zeer stringent nee-regime (een absoluut bouwverbod) voor bijvoorbeeld windturbines en jachthavens, maar ook voor inpoldering en vliegvelden. Ook voor het IJsselmeer gelden trouwens bouwverboden: geen nieuwe bebouwing of landaanwinnings, tenzij... Ook dit is in wezen dus een *nee, tenzij*-regime. Net als trouwens voor het kustfundament.

Tot slot geldt voor de vier landschappelijke erfgoederen van de Nieuwe Hollandse Waterlinie, Limes, Beemster en Stelling van Amsterdam nu ook een afdwingbaar rechtsregime, namelijk een ja, mits-regime. Dat is een rechtsregime dat lijkt op die van de Nationale Landschappen: ontwikkelingen zijn wel mogelijk, maar moeten de kernkwaliteiten respecteren of versterken. Net als bij de EHS moeten provincies dat in hun provinciale ruimtelijke verordeningen (PRV) verder uitwerken.

Paradox van Rutte

Schematisch zouden we het landschappelijk erfgoedrecht uit de nieuwe AMvB-Ruimte als in tabel 1.

Beleidsmatig zijn er dus weliswaar beleidscategorieën geschrapt of overgelaten aan het provinciaal niveau en wordt ingezet op decentralisatie, maar juridisch gesproken zijn er rechtsregimes bijgekomen. Beleidsmatig verkondigt dit kabinet-Rutte vermindering van regeldruk en ruim baan voor projectontwikkelaars en het vrije ondernemerschap, maar juridisch doet men precies het omgekeerde. Er komen juist extra regels en rechtsregimes bij. Dat lijkt op een soort paradox, een paradox van Rutte. Wat men beleidsmatig



Figuur 2 – De Keltische Toren op het Peace Park nabij Mesen (België), oud WOI-slagveld in bezit van de Britse en Ierse staat. FOTO: F.H. KISTENKAS

Tabel 1	Beleidscategorie	Rechtsregime	Bijzonderheden
Generiek	Bro-ladder voor alle ruimtelijke besluiten: zorgvuldige benutting ruimte	Formele zorgvuldigheid (procesvereiste voorbereiding ruimtelijke besluiten)	Naar analogie van art. 3:2 Awb? Jurisprudentie van belang!
Specifiek	Waddenzee	Nee, tenzij	Nee-regime voor windturbines, inpolderingen, vliegvelden en jachthavens
	EHS	Nee, tenzij (via PRV)	
	IJsselmeer	Nee, tenzij	
	Erfgoederen	Ja, mits (via PRV)	
	Kustfundament	Nee, tenzij	Relatief bouwverbod (uitzondering voor strandpaviljoens ed.)
	Nationale Landschappen	Naar provincies (kernkwaliteiten in SVIR, p. 91/2; Ja, mits-regime)	
	Rijksbufferzones	exit	
	Snelwegpanorama's	exit	

Ondanks huidige beleidsvoornemens van decentralisatie en deregulering introduceert de nieuwe AMvB Ruimte (officieel: Besluit Algemene Regels Ruimtelijke Ordening 2011) van rijkswege allerlei nieuwe rechtsregimes. Zo gaat er een harde juridische 'nee, tenzij'-toets gelden voor landschappelijke en cultuurhistorische waarden van de Waddenzee en een 'ja, mits'-toets gelden voor landschappelijke werelderfgoederen.

Terwijl het beleid zich richt op decentralisatie en deregulering doet het recht precies het tegenovergestelde: centralisatie en regulering. Wat men beleidsmatig roept, wordt rechtens niet waargemaakt, maar dat is juist goed voor het landschappelijk erfgoed want dat verkrijgt daarmee ook eindelijk juridische sturing en afdwingbare rechtsbescherming. Casuïstiek uit het verleden toont aan dat een bestuurskundige sturingsmix van planologische, financiële en juridische sturing hard nodig is.

roept, wordt juridisch niet bewaarheid. Dat is op zich gunstig voor het landschappelijk erfgoed, want de rechtsbescherming neemt gewoon toe.

Weliswaar kan men verzuchten dat het harde rechtsregime voor erfgoederen maar voor vier gebieden geldt, maar het begin is er. Een rechtsregime voor erfgoederen is nu geen vage planologische notie, maar is nu wettelijk verankerd. Een AMvB is immers dwingende wetgeving.

Probleem is vervolgens dat je op de naleving van die nieuwe rechtsregimes wel als nationale overheid moet toezien. Op de daadwerkelijke naleving van die rechtsregimes door de lagere overheden ('mede-overheden') moet je als kabinet-Rutte niet zomaar vertrouwen. Controle is beter. En centrale controle is het allerbest.

Anti-voorbeeld

Een aangrijpend voorbeeld van hoe het mis kan gaan is de Ieper Salient, de zogenoemde Ieperboog uit de Eerste Wereldoorlog. Van de frontlinie is na bijna honderd jaar niets meer over. Het Regionaal Landschap West-Vlaamse Heuvels (RLWH) betreurt dat nu en probeert te redden wat er nog te redden is. Dit Regionaal Landschap is vergelijkbaar met ons Nationaal Landschap. Een ongehavende frontlinie van Ieper tot aan de Franse grens zou thans moeiteloos kwalificeren als UNESCO Werelderfgoed; het zou als afschrikwekkend voorbeeld gesteld kunnen worden van hoe het in Europa mis kan gaan. Vanaf de oude, thans vergeten uitkijktoren hoog op de Kemmelberg zou men het hele lint hebben kunnen zien liggen. Het zou nog meer Britse, Franse en Duitse toeristen kunnen trekken dan

thans het geval is bij de weinige plekjes die nog over zijn (Menen Poort, begraafplaatsen zoals Tyne Cot, en nog wat vergeten megakraters gevuld met water). In de jaren 20 heeft men werkelijk alles wat nog zou kunnen herinneren aan de loopgraven en bomputten omgetoverd in landbouwgrond. Regels waren er niet en als ze er al waren, werden ze niet nageleefd of gecontroleerd. De Belgische Boerenbond kon domweg zijn gang gaan, gesteund door particuliere initiatieven als de Nederlandsch Limburgsche Commissie. Het effenen en wegwerken van de historie gebeurde 'niet altijd even nauwgezet (...), waardevol materiaal verdween in putten, soms samen met stoffelijke resten van gesneuvelden'.⁵

Zelfs nu nog wordt het weinige dat er is, vaak nog onvoldoende juridisch beschermd. Publiekstrek-



Figuur 3 – Petit Bois, Wijtschate, gemeente Heuveland (B), nabij Franse grens, dumpplaats voor afval, totaal verloederde krater eveneens uit 1917. FOTO: F.H. KISTENKAS

kers als de Pool of Peace, een oude mijnkrater die er thans uitziet als een grote ronde vijver, is niet aan de landbouw of huizenbouw ten prooi gevallen omdat een Engelse organisatie de grond opkocht. Het authentieke oorlogslandschap van Hill 60 is eigendom van de War Graves Commission die het als een grote naamloze begraafplaats behandelt en dus met rust laat. Het Ierland Park bij het stadje Mesen, waar Noord-Ierse protestanten en katholieken gebroederlijk samen optrokken is er op initiatief van de Britse en Ierse regering gekomen.⁶ De vermaarde mijnkrater van Petit Bois even verderop (figuur 1), waaronder twaalf Engelse tunnelgravers tragisch opgesloten zaten door een Duitse dieptemijn en op één na de dood vonden, is niet opgekocht door de Engelsen en dus ook niet voldoende beschermd en vandaag de dag totaal verloederd als dumpplaats voor afval... De Engelsen begrijpen er niets van: waarom is er van het oude slagveld niks meer over? Waarom is alles weggeploegd?

Leermoment voor het RLWH maar ook voor ons in Nederland: zonder hoger toezicht en een hard rechtsregime wint het economische gewin van de korte termijn. Alles wordt in bezit genomen voor landbouw of woningbouw. Zonder wettelijke bescherming verwordt alles tot zielloos maïsveld of cement. Alleen een dwingend juridisch beschermingsregime met centrale sturing en controle kan het landschappelijk erfgoed redden.

Begrenzen, bestemmen, beschermen

De les die we kennelijk steeds weer moeten leren is dat met uitsluitend planologische en financiële sturing gebieden nog niet voldoende beschermd zijn. Waardevolle gebieden moeten we begrenzen, bestemmen, maar vooral ook beschermen (de trits van de drie B's). Bestemmen en begrenzen dat doe je via de planologie, maar beschermen doe je met dwingende juridische instrumenten. Naast stimulerend beleid heeft de overheid ook dwingend beleid nodig. In de bestuurskundige vakliteratuur heet dat de optimale sturingsmix of gewoon kortweg: smart regulation.⁷

Zachte planologische sturing in ruimtelijke nota's en structuurvisies is op zich mooi, maar niet genoeg. Dwingende sturing in de vorm van een wettelijk verplichte juridische toets is ook nodig. Zo'n toets kan een nee, tenzij-toets zijn of een wat minder strenge ja, mits-toets: als er maar een juridische toets aan wettelijk benoemde kernkwaliteiten of instandhoudingsdoelstellingen bestaat.

Het was eigenlijk vreemd dat er wel een harde habitattoets bestond voor natuur, maar geen harde landschapstoets voor landschappelijk erfgoed. In die beschermingslacune wordt nu door



Figuur 4 – Zillebeke, gemeente Ieper (B), laatste vergeten restje authentieke loopgraven uit Eerste Wereldoorlog. FOTO: F.H. KISTENKAS

de AMvB Ruimte eindelijk voorzien, zij het dat het aantal gebieden thans (nog) wel wat klein is.

Slot

Bij ons in Nederland worden de Nieuwe Hollandse Waterlinie, Limes, Beemster en Stelling van Amsterdam eindelijk als landschappelijke erfgoederen juridisch dwingend beschermd. Anders dan men zou denken leveren de nieuwe Structuurvisie en de bijbehorende AMvB van dit kabinet extra rechtsbescherming op voor landschappelijk erfgoed. Naast planologische sturing en financiële sturing (subsidies ed.) is er nu ook juridische sturing. Daarmee is de bestuurskundige sturingsmix voltooid. Deze gebieden en ook de cultuurhistorische waarden van de Waddenzee worden ondanks alle beleidsuitingen van het kabinet-Rutte nu gewoon rechtens beschermd. Dat is pure winst voor het erfgoed- en landschapsrecht.

Noten

¹ R. Kuiper, D. Evers, *Ex-ante evaluatie Structuurvisie Infrastructuur en Ruimte*, PBL Den Haag 2011, p. 45.

² J. Grijzen, *Outsourcing planning. What do consultants do in regional spatial planning in the Netherlands*, Amsterdam University Press 2010 en F.H. Kistenkas,

Ruimtelijke ordening uitbesteden?, Openbaar Bestuur 2011-6/7, p. 29-30.

³ Een Algemene Maatregel van Bestuur (AMvB) heeft algemeen verbindende werking en is daarmee aan te merken als wetgeving. De AMvB Ruimte wordt ook wel aangeduid als *Besluit algemene regels ruimtelijke ordening*. Zie Staatscourant 26 september 2011 (Nr. 16697).

⁴ F.H. Kistenkas, *Naar een juridisch afdwingbare erfgoedtoets?*, Vitruvius 2009 jrg. 2 nr. 6, p. 44-45. Zie ook: *Naar een juridische erfgoedtoets*, Openbaar Bestuur 2009-6/7, p. 19-21 en F.H. Kistenkas, *Landschapstoets*, Vakblad Natuur Bos Landschap 2009-9 (november), p. 28.

⁵ P. Mingels, J. Heinen, *Zero hour. De mijnenlag*, Regionaal Landschap West-Vlaamse Heuvels 2010, p. 17 e.v.

⁶ P. Harte, *The Island of Ireland Peace Park and The First World War*, Donegal 2011, passim.

⁷ N. Gunningham, P. Grabosky, *Smart regulation. Designing environmental policy*, Oxford 1998. ■